# REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO PÚBLICO

59






ZANONE, Valério (1998). "Quarto Poder". In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. vol. 1, 1ª ed. Brasília: UnB, p. 1.040.

ESTUDOS E COMENTÁRIOS

# PERMUTA DE BENS PÚBLICOS IMÓVEIS

AMAURI FERES SAAD

Mestre e Doutorando em Direito do Estado
pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP



"(...) Esas ambigüedades, redundancias y deficiencias recuerdan las que el doctor Franz Kuhn atribuye a cierta enciclopedia china que se titula *Emporio Celestial de Conocimientos Benévolos*. En sus remotas páginas está escrito que los animales se dividen en (a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas. (...)."

(*El Idioma Analítico de John Wilkins*, Jorge Luís Borges.)

***Resumo***: O presente artigo delineia o regime jurídico aplicável à permuta de bens públicos imóveis no âmbito federal. Identifica-se tal regime jurídico a partir da conjugação dos critérios de propriedade e de *dominialidade* da exigência de autorização legislativa para a permuta e a dispensa de licitação para a sua realização.

***Abstract***: This paper outlines the legal regime for the exchange of State possessions in the federal sphere. Such a legal regime accrues from the combination of the criteria of ownership and of *public domain*, being legally viable the exchange whenever the possession is not reached by the latter. Nevertheless, the unconstitutionality of requirement of legislative authorization for the transfer and the exemption from bidding process for its realization are sustained.

***Key-words***: Exchange – public possessions – exemption from bidding – legislative authorization – unnecessariness.

## *I – Introdução*

A atividade administrativa envolve amplos e complexos arranjos normativos e materiais. Um traço comum a todos eles consiste em sua dependência dos bens que o Estado produz ou de que se apropria, compulsória (mediante tributação ou penalidades) ou consensualmente (empréstimos públicos, doações etc.). Não é inexato afirmar que o Estado só existe e age, executando todos os cometimentos que modernamente lhe são atribuídos, porque e na medida em que possua meios (receita e patrimônio) para tanto, o que levou inclusive a se falar em "deveres fundamentais", imputados aos cidadãos, de pagar tributos e suportar materialmente o Estado, como condição mesma da existência deste e da vida social juridicamente organizada.[1]

Isto posto, a investigação da atividade de gestão patrimonial do Estado ganha relevo, pois permite relacionar, de um lado, os limites e possibilidades de atuação do Estado enquanto *ator econômico*, e, de outro, o caráter inarredavelmente instrumental desta atuação com vistas à realização da utilidade pública, fundamento ontológico do Estado enquanto *ator político*.[2] Aí então é que entram em discussão as três dimensões básicas da gestão patrimonial do Estado: a *aquisição*, a *destinação* e a *alienação* de bens públicos. A segunda dessas dimensões (destinação), *que nada mais é que a afetação dos bens materiais à satisfação do interesse público*, condicionará as outras duas dimensões (aquisição e alienação de bens), indicando *se* e *quando* estas deverão ocorrer. Neste contexto é que a permuta de bens públicos imóveis deve ser enquadrada: sua natureza envolve simultaneamente a saída e o ingresso de bens no patrimônio público e é balizada pela satisfação do interesse público pela destinação quer do bem que passou a integrar o patrimônio da Administração Pública permutante, quer do bem que foi alienado ao particular (o emprego do bem na esfera patrimonial do particular também pode se revestir de interesse público e justificar a permuta).

O presente artigo abordará as referidas características do instituto da permuta de bens públicos, procurando formular um conceito teórico do instituto sob o Direito Administrativo, não se furtando de enfrentar questões jurídicas práticas da maior relevância, como as que se relacionam à necessidade (ou desnecessidade) de autorização legislativa para a alienação e de realização de licitação para ultimar tais negócios. É o que se passa a fazer.

1. José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 2ª reimp., Coimbra, Almedina, 2009. Cf., também, do mesmo autor: *A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os Deveres e os Custos dos Direitos*, disponível em *http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf*, acesso 7.6.2012.

2. É de Marcello Caetano a afirmação: "Entre os mais importantes meios de que a Administração pública lança mão para desenvolver a sua actividade, prosseguindo os interesses de segurança e de bem-estar que lhe estão confiados, contam-se os bens – bens próprios e bens alheios" (Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 1970, p. 813).



## *II – Delineamentos do regime jurídico dos bens públicos*

Os bens públicos encontram a sua disciplina genérica no Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002), em seus arts. 98 a 103.[3] Sinteticamente, de acordo com tais dispositivos, somente são considerados bens públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, excluindo-se, portanto, os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado controladas pelos entes federativos. Neles, também, ficou consagrada a tradicional repartição dos bens públicos entre *bens de uso especial*, *bens de uso comum* e *bens dominicais*. As duas primeiras categorias relacionam-se, de modo específico ou geral, à satisfação de um interesse público, ao passo que a última compreende os bens que não estão afetados a qualquer finalidade de interesse público, compondo apenas o patrimônio público, sendo por isto também chamados de *bens do patrimônio disponível*[4] ou *bens do patrimônio administrativo*.[5]

Uma noção teórica deve ser aduzida, a fim de que seja compreendido em sua inteireza o regime jurídico dos bens públicos. Trata-se da noção de *dominialidade pública*, que não se confunde com o conceito de mera propriedade (que é o delineado nos artigos citados do vigente Código Civil). Com efeito, a dominialidade pública é conceito que se sobrepõe ao de propriedade pública, porque pressupõe o vínculo material ou jurídico entre um bem, independentemente de quem seja o seu proprietário, e a obtenção da utilidade pública. Deve-se notar, com bem acentua Ruy Cirne Lima, "que o conceito de domínio público e patrimônio administrativo excede ao de propriedade pública e que, além dos bens do domínio nacional, ainda outros podem e devem classificar-se como tais. Essa conclusão é exata e outros bens existem, realmente, não pertencentes às pessoas administrativas e incorporados, não obstante, ao patrimônio administrativo".[6]

3. Cf.: "Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. Art. 99. São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei. Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião. Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem."

4. Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, pp. 642-643; e Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1964, p. 439.

5. Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1987, p. 74.

6. Idem, p. 74.

Assim é que a noção de *dominia-idade pública* permite explicar o fato le que traços próprios dos bens de uso special ou comum, conforme disposição onstante dos arts. 100 e 102 do Código Civil, que tratam da inalienabilidade dos bens públicos e sua insusceptibilidade à usucapião (imprescritibilidade) e à oneração (impenhorabilidade), se estendam, *em graus diversos*, também a bens privados, como aqueles detidos por concessionários le serviço público e afetos à respectiva concessão, ou ainda às parcelas de terenos privados que sirvam à passagem le pessoas ou automóveis (estejam ou ião formalmente submetidos à servidão dministrativa).[7]

A incidência da noção de dominia-idade pública impõe a caracterização do ue Floriano de Azevedo Marques Neto hamou "*bens públicos em sentido impró-rio*", para designar os "bens que, apesar e se submeterem a um regime – total ou arcialmente – de direito público, estão o domínio de pessoas jurídicas de direio privado".[8] No mesmo sentido reflete Juarez Freitas, inobstante se utilizando de terminologia distinta, ao afirmar "que não se pode deixar de reconhecer, para além de rótulos, os bens quase públicos. São aqueles que, embora não contemplados pela classificação civilista, são especializados por uma afetação pública, sem alteração de titularidade, que permanece particular, ou seja, fazem-se como que publicizados, sem serem propriamente integrantes do domínio público".[9] Uma ressalva quanto a tais bens: como anota Sergio Ferraz, não é a simples dedicação do bem privado a uma finalidade de interesse público que determinará a submissão do bem ao regime jurídico administrativo, pois a "mera afetação ou destinação do bem a um fim de utilidade pública pode ser determinada por qualquer particular, sobre parte ou o todo de seu patrimônio, com intuito de lucro ou com fins altruísticos".[10] Necessária, portanto, para que se produza a incidência do regime jurídico característico da dominialidade pública aos bens pertencentes a particulares, que a afetação se produza, expressa ou implicitamente – mas sempre de modo inequívoco – por meio de um ato de vontade estatal.[11]

7. Cf. Luciano Parejo Alfonso, "Dominio úblico: un ensayo de reconstrucción de su oría general", *Revista de Administración Pú-ica*, ns. 100-102, Madrid, Centro de Estudios olíticos y Constitucionales, jan.-dez./1983, pp. 379-2.422.

8. Floriano de Azevedo Marques Neto, *Bens úblicos: Função Social e Exploração Econômi-. O Regime Jurídico das Utilidades Públicas*, elo Horizonte, Fórum, 2009, p. 236. Para o tor: "O tema torna-se polêmico especialmente ando os bens, de alguma forma aplicados a alidades de interesse geral, são de propriedade empresas privadas que não integram a Admistração Pública. Além da polêmica subjacente tema, atente-se para o fato de que ele é cada z mais atual e palatável pelo Direito, em razão configuração da Administração Pública brasira e da crescente utilização de mecanismos de operação, parceria e delegação de atividades públicas aos particulares. É em razão desta nova configuração do Estado que, pelo critério funcionalista, podem-se abranger, sob a denominação de bens públicos, bens que num primeiro momento não seriam assim considerados" (ob. cit., p. 236).

9. Juarez Freitas, "Da necessária reclassificação dos bens públicos", in *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pp. 60-73, p. 66.

10. Sergio Ferraz, "Desapropriação de bens públicos", in *3 Estudos de Direito*, São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 15.

11. José Esteve Pardo, "Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones 'a non domino'", *Revista de Administración Pública*, n. 113, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, mai.-ago./1987, pp. 181-213.



Correlato ao conceito de *dominialidade pública* é o de *domínio eminente*, bem caracterizado por Themístocles Brandão Cavalcanti como (i) o domínio eminente do Estado sobre o seu território na esfera internacional, "ou melhor, na esfera do direito público externo ou interno (tratando-se de estado federal), como verdadeiro direito de propriedade, como um *jus in re*, com todas as suas consequências", o que implica inclusive o direito de reclamar e usar a força para retomar territórios tomados por outras pessoas de direito público ou privado; e (ii) como expressão da soberania, "como domínio potencial do Estado sobre os bens exclusivos do domínio público",[12] o que implica, a seu turno, a competência para declarar quê bens de propriedade pública ou privada compõem a *dominialidade pública*, ou, em linguagem técnica, *afetando-os*.

A noção de dominialidade pública, portanto, qualquer que seja a terminologia empregada, leva a afastar equívocos primários, como o de se considerarem públicos os bens de sociedades de economia mista prestadoras de serviço público pelo simples fato de eles pertencerem à dita sociedade (pessoa jurídica de direito privado): na verdade, aqui, os bens não são públicos em razão da propriedade, que é privada,[13] mas sim admitem influxos do regime jurídico-administrativo por encartarem-se na dominialidade pública em decorrência de sua afetação ao serviço público.[14] Também permite compatibilizar a aparente rigidez do regime jurídico aplicável aos bens públicos (que a doutrina unanimemente sustenta consistir da tríade *inalienabilidade, imprescritibilidade* e *impenhorabilidade*) com as reais necessidades da Administração Pública na qualidade de gestora de bens destinados à satisfação do interesse público: tais características, por serem *instrumentais* às atividades às quais os bens estão afetados, ou por serem *inerentes à sua natureza*,[15] somente fazem sentido em aplicarem-se aos bens

12. Themístocles Brandão Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, p. 324.

13. Na verdade, os bens das empresas estatais são privados, pois esta é a sua natureza, conforme dispõe o art. 98, retro citado, do Código Civil. Como bem apontou Lúcia Valle Figueiredo: "[E]mbora consideremos que os bens públicos incorporados às estatais sujeitam-se ao controle dos Tribunais de Contas – aliás, como todo e qualquer aporte público, nos termos do art. 70 da Constituição da República e, principalmente, de seu parágrafo único –, *não lhes atribuímos a categoria de bens públicos*" (grifos aditados) (Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 566). De fato, o que há de bem público numa empresa estatal é apenas é tão somente a participação acionária do Estado, que ainda assim só pode enquadrar-se, sob o critério estabelecido no Código Civil, na categoria de bens dominicais.

14. Embora, no presente exemplo, as consequências (inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade) sejam as mesmas quer se considerem os bens em questão públicos em razão da propriedade, quer em razão da afetação ao serviço público (dominialidade pública), as implicações teóricas decorrentes da confusão dos conceitos são graves: se não se tem clareza quanto à causa da imposição do regime de direito público (se em razão da propriedade, se em razão da inclusão na dominialidade pública) pode-se considerar sujeitos ao regime privado de propriedade os bens de concessionários e permissionários *mesmo* quando afetados ao serviço público, o que é inexato, para dizer o mínimo.

15. Exemplificativamente, nenhum Estado poderia, ainda que tresloucadamente, empenhar o ar atmosférico (inegavelmente um bem de uso comum), nem tampouco um sujeito oligofrênico, por respirar ininterruptamente durante os prazos legais (Código Civil, arts. 1.260 e 1.261), poderá requerer, para si, a usucapião daquele bem.

em geral, independentemente, repita-se, de quem seja o seu proprietário, quando patente a sua afetação a um interesse público ou à sua natureza.

Por isto é que, no tocante à disponibilidade dos bens públicos, tem-se que os bens afetados (bens de uso comum, bens de uso especial e os "*bens públicos em sentido impróprio*") são inalienáveis *somente enquanto perdurar a afetação*. Os bens dominicais são, a seu turno, alienáveis de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração Pública. Isto ocorre porque os bens dominicais não servem diretamente a qualquer interesse público, *são indiferentes ao interesse público*, e podem, por isto, ser objeto de disposição pela Administração, obedecidos os requisitos legais, que serão abordados em seguida.

*II.1 Da autorização para a alienação de bens públicos*

A Constituição Federal, excetuando-se os arts. 20 e 26 que conferem, respectivamente, à União e aos Estados, a propriedade sobre bens determinados, e os arts. 49, XVII, e 188, que tratam de autorização específica do Congresso Nacional para a alienação de terras maiores que dois mil e quinhentos hectares, não contem qualquer disposição que determine ou condicione a gestão dos bens públicos pelos entes políticos. Todavia, é pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, como quem dá os fins, necessariamente dá os meios, os entes federativos necessariamente terão liberdade, quer para instituir, nos limites constitucionais, as respectivas esferas tributárias, quer para a gestão de seu patrimônio (nas dimensões de *aquisição, destinação* e *alienação*), a fim de que as competências que também lhes foram cometidas pelo constituinte de 1988 sejam devidamente desempenhadas. É da essência do modelo federativo de Estado – que o Brasil expressamente adotou[16] – a autonomia financeira e administrativa dos entes federados. A autonomia, nos moldes federativos, é, como ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o atributo de "toda coletividade pública que, dentro do círculo prefixado pela coletividade superior, tem a capacidade de provimento próprio dos órgãos governamentais e a faculdade de *organização própria* dos assuntos que lhe forem delegados como do seu peculiar interesse"[17] (grifamos). Se fosse vedada a gestão autônoma de bens por parte de cada um dos entes federativos, efetivamente de federação não se trataria, pois este aspecto é, a todas as luzes, essencial ao próprio exercício das competências cometidas pela Constituição Federal aos entes federativos.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida liminar proferida na ADI n. 927-3-DF, em 3 de novembro de 1993, Relator o Ministro Carlos Velloso, suspendeu a eficácia, para Estados, Municípios e Distrito Federal, de dispositivos da Lei n. 8.666, de 21.6.1993 (art. 17, I, "b" e "c", II, "b", e § 1º), por considerar que, ao instituir vedações ou restrições às operações de doação e permuta de bens públicos, a União Federal foi além da competência para a edição de normas gerais de licitação e contratos administrativos estabelecida pelo art. 22 da Constituição, atingindo inconstitucionalmente a esfera legítima de ação dos demais entes federativos relativamente aos seus bens.

Estas observações, relativamente ao regime jurídico-constitucional dos bens públicos, fazem-se necessárias a fim de

16. Cf. Constituição Federal, art. 1º, *caput*, c/c art. 60, § 4º, I.

17. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Natureza Jurídica do Estado Federal*, publicação da Prefeitura do Município de São Paulo, 1948, p. 95.



que se compreenda que a configuração do regime jurídico aplicável aos bens públicos pode variar conforme o ente federativo de que se trate. A partir delas, pode-se inferir, também, uma *regra de balizamento* para *todas* as legislações específicas sobre o tema: serão inconstitucionais as constituições estaduais, as leis orgânicas e leis ordinárias (federais, estaduais e municipais) sempre que ignorarem que a gestão dos bens públicos é tarefa eminentemente administrativa, o que implica dizer, a fim de que não se faça *tabula rasa* do art. 84, III, da Constituição Federal, que determina caber ao Chefe do Executivo a direção superior da Administração Pública, que o regime dos bens públicos nunca poderá ser de tal modo restrito, que todas decisões relativas a tal matéria caibam exclusiva ou principalmente ao Poder Legislativo. Do contrário, violar-se-ia igualmente o art. 61, § 1º, "b", que comete ao Chefe do Executivo a iniciativa das leis relativas à organização administrativa e serviços públicos.[18] Como os bens públicos estarão sempre alocados a um serviço público (afetados) ou à organização administrativa (quer afetados, quer não), é de se concluir estarem albergados pela iniciativa legislativa privativa do Chefe do Executivo fixada no art. 61, § 1º, "b", da Lei Fundamental.

Analisaremos, neste artigo, a disciplina no campo federal. Como requisito para a alienação de bens da União, a referida Lei n. 9.636, de 18.5.1998, determina, em seu art. 23, abaixo transcrito, a necessidade de ato autorizativo do Presidente da República e parecer prévio da Secretaria do Patrimônio da União – SPU, *in verbis*:

"Art. 23. A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização, mediante ato do Presidente da República, e será sempre precedida de parecer da SPU quanto à sua oportunidade e conveniência.

"§ 1º. A alienação ocorrerá quando não houver interesse público, econômico ou social em manter o imóvel no domínio da União, nem inconveniência quanto à preservação ambiental e à defesa nacional, no desaparecimento do vínculo de propriedade.

"§ 2º. A competência para autorizar a alienação poderá ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida a subdelegação."

Aparentemente, o dispositivo acima mostra-se em contradição com o art. 17

18. Um bom exemplo de norma estadual inconstitucional, por ser demasiadamente restritiva à competência do Poder Executivo, no tocante à gestão de bens públicos encontra-se na Constituição do Estado de São Paulo: o seu art. 19, IV, enfeixa nas competências do Poder Legislativo a "autorização para a alienação de bens imóveis do Estado ou a cessão de direitos reais a eles relativos, bem como o recebimento, pelo Estado, de doações com encargo, não se considerando como tal a simples destinação específica do bem"; e o art. 220, § 6º, estabelece ser "vedada a destinação de recursos públicos para auxílio ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos". Ambas as disposições são inconstitucionais, pelos motivos já mencionados. A rigor, na matéria, cabe ao legislador a edição de leis que delineiem o sentido do interesse público a ser atendido pela gestão patrimonial da Administração Pública (*v.g.*, quando se instituem características de imóveis a serem alienados ou adquiridos, ou regras de avaliação, ou ainda procedimentos administrativos a serem seguidos pela Administração Pública e particulares); mas serão inconstitucionais tais disposições sempre que, a pretexto de delinearem o interesse público subjacente às ditas operações, (*i*) acabem por extirpar a competência administrativa para, no caso concreto, identificar a necessidade pública a ser atendida; (*ii*) condicionem esse juízo cognitivo específico a um juízo superior: o do legislador; ou, mais gravemente ainda; (*iii*) tornem tão restritas as hipóteses de cabimento das operações (de alienação e aquisição de bens públicos) que a sua utilização pelo administrador se torne, na prática, impossível.

da Lei n. 8.666/1993, nos termos do qual é exigida a autorização legislativa para a alienação de bens da União. Veja-se, a propósito, o teor do art. 17, mencionado:

"Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

"I – *quando imóveis, **dependerá de autorização legislativa*** para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

"a) dação em pagamento;

"b) doação, permitida exclusivanente para outro órgão ou entidade da ıdministração pública, de qualquer esfera le governo, ressalvado o disposto nas ılíneas *f*, *h* e *i*; *(Redação dada pela Lei n. '1.952, de 2009)*

"c) permuta, por outro imóvel que tenda aos requisitos constantes do inciso ‹ do art. 24 desta Lei;

"d) investidura;

"e) venda a outro órgão ou entidade a administração pública, de qualquer ;fera de governo; *(Incluída pela Lei n. 883, de 1994)*

"f) alienação gratuita ou onerosa, ·oramento, concessão de direito real ; uso, locação ou permissão de uso de ;ns imóveis residenciais construídos, ;stinados ou efetivamente utilizados no nbito de programas habitacionais ou de gularização fundiária de interesse social ·senvolvidos por órgãos ou entidades da ministração pública; *(Redação dada la Lei n. 11.481, de 2007)*

"g) procedimentos de legitimação de sse de que trata o art. 29 da Lei n. 6.383, 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição; *(Incluído pela Lei n. 11.196, de 2005)*

"h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; *(Incluído pela Lei n. 11.481, de 2007)*

"i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; *(Incluído pela Lei n. 11.952, de 2009)*

"(...)" (grifos aditados).

Uma primeira observação, singelíssima, deve ser realizada: existindo conflito material das disposições de normas de igual hierarquia, o conflito resolve-se pelo tradicional critério do *lex posteriori derogat priori*, ou seja, a norma mais recente revoga a anterior, quando com ela conflitar. Opera-se, aqui, como fala Joaquim Freitas da Rocha, a "consagração de um autêntico princípio que tem na sua base não apenas a ideia de que a prescrição contrária impossibilitaria o progresso jurídico, mas também a presunção de que o legislador não actua sem sentido, não devendo as suas normas novas considerar-se inúteis".[19] Nesse sentido, por ser mais

19. Joaquim Freitas da Rocha, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 302.



recente, prevaleceria o contido na Lei n. 9.636/1998, revogando-se a disposição conflitante da Lei n. 8.666/1993.

Mas há outras razões que militam em favor da prevalência da norma contida no art. 23 da Lei n. 9.636/1998.

Dois sentidos podem ser extraídos do *caput* do art. 17 da Lei n. 8.666/1993, transcrito acima: o de que bastaria uma autorização legislativa genérica para que o ente da Administração possa alienar bens de sua propriedade ou o de que seria necessária uma autorização legislativa específica para cada imóvel alienado pela Administração.

Se for compreendido no primeiro sentido (necessidade de autorização genérica para alienação), o art. 17 da Lei n. 8.666/1993 é atendido pelo art. 23 da Lei n. 9.636/1998, acima, pois tal dispositivo claramente permite a alienação de imóveis pela União Federal, delegando ao Presidente da República, após parecer da SPU, a competência para autorizar a alienação. Se, por outro lado, entender-se a necessidade de autorização específica, em cada caso de alienação – desconsiderando-se, naturalmente, a revogação do dispositivo anterior pelo posterior –, então o conflito é inevitável.

A nosso ver, a despeito de posições respeitabilíssimas no sentido da necessidade de autorização legislativa específica para alienação de imóveis públicos,[20] a única orientação albergada por nosso ordenamento jurídico é a que vai no sentido oposto. Explicamo-nos.

A gestão de bens públicos, mormente daqueles de caráter disponível (bens dominicais), é tarefa intrinsecamente administrativa. Se a gestão de bens públicos fosse tarefa do legislador, forçoso reconhecer que também o procedimento de desapropriação, no qual bens são integrados ao patrimônio público, deveria ser objeto de deliberação do Congresso Nacional, orientação esta que nunca foi admitida em nosso direito. Não se deve esquecer que cabe ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 84, II, da Constituição Federal, "exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal". Qualquer restrição em tal regra de competência somente pode ser admitida em nível constitucional, o que não ocorre no tocante à alienação de bens públicos.

Deve-se lembrar que a única restrição constitucional quanto à competência da Administração Pública para gerir bens públicos é a veiculada pelo art. 49, XVII, da Constituição Federal, que elege como competência exclusiva do Congresso Nacional, "aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares".[21] Com a devida vênia, se tal dispositivo foi incluído pelo constituinte de forma expressa (e, portanto, excepcionalmente), resulta indene de dúvidas que, *a contrario sensu*, as alienações de imóveis com área *inferior* à mencionada no dispositivo *não*

20. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, pp. 940-941; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo, Atlas, 2006; e José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 24ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 1097 e ss.

21. O mandamento é reiterado na redação do art. 188 do texto constitucional, transcrito: "Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária. § 1º. A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional".

necessitarão de autorização legislativa para serem formalizadas. Dito de outro modo, só existe a exceção porque há uma regra, a de que a gestão de bens públicos é tarefa inerente à "direção superior" da Administração Pública, para nos utilizarmos de expressão do próprio constituinte.

É este o entendimento de Elival da Silva Ramos:

"Não se discute, *in casu*, que a alienação de um imóvel pertencente ao poder público, é um ato compreendido na função administrativa. (...) Sucede, contudo, que o controle político do Parlamento sobre o Executivo e sua atividade típica exige previsão constitucional expressa. Na situação sub examine, a Constituição prevê autorização legislativa para alienação de terras públicas com área superior a 2.500ha, mas não contempla tal exigência no tocante à alienação de outros imóveis públicos que não se enquadrem no conceito de 'terras públicas'. Ao contrário, dispensa a autorização legislativa para a alienação de terras públicas com área inferior a 2.500ha ou para fins de reforma agrária. Tudo isso nos leva a concluir que a exigência de prévia autorização legislativa para alienação indiscriminada dos imóveis federais é inconstitucional".[22]

No mesmo sentido é a lição de Floriano de Azevedo Marques Neto, transcrito:

"Não se confunda, porém, a exigência de autorização legislativa para alienação do bem (ou sua desnecessidade), com a eventual necessidade prévia de lei para desafetação do bem, tornando-o alienável, nos casos em que não for possível a desafetação por ato infralegal.

"Ademais, é importante destacar que existem no ordenamento positivo autorizações legislativas genéricas que já autorizam a alienação, sem necessidade de nova manifestação legislativa. A própria Lei de Licitações (art. 19, Lei n. 8.666/1993) já preconiza a alienação de bens advindos de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, sem autorização legal específica e apenas condicionada a avaliação, comprovação da necessidade ou utilidade da alienação e adoção de licitação na modalidade de leilão ou concorrência. De outra feita, no âmbito da Administração federal, já há autorização genérica para a alienação de bens imóveis, subordinada apenas à autorização do Presidente da República ou, em caso de delegação, de Ministros de Estado. É o que vemos disposto no art. 23 da Lei n. 9.636/1998, que torna para os bens da União inaplicável a regra do art. 17, I, da Lei n. 8.666/1993, seja por ser aquele diploma norma específica (versante sobre a administração e alienação dos bens públicos da União), seja por ser norma posterior à lei de licitações."[23]

Mas não é tudo. Deve-se considerar, caso houvesse realmente a necessidade de autorização legislativa para alienações de bens públicos, que a atividade administrativa restaria grandemente prejudicada se se tivesse de aguardar todo o processo legislativo para a aprovação das operações de alienação de bens necessárias às múltiplas atividades de interesse público levadas a cabo diariamente pela Administração. É largamente deletério à eficiência administrativa (princípio consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal)

22. Elival da Silva Ramos, "Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público", *Cadernos FUNDAP*, ano 9, n. 17, dez./1989, p. 16-31, p. 26.

23. Floriano de Azevedo Marques Neto, *Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica. O Regime Jurídico das Utilidades Públicas*, ob. cit., pp. 306-307.



introduzir, sem base constitucional para tanto, procedimento que possa, além de interferir na esfera de competência de determinado poder (no caso, o Poder Executivo), prejudicar a eficácia de suas ações. Ademais, nunca, em nossa vida institucional republicana, a autorização legislativa foi um requisito para a alienação de bens públicos na prática administrativa.[24]

A despeito disto, poder-se-ia argumentar que a necessidade de autorização legislativa específica para a alienação de bens públicos decorreria da legitimidade democrática do Poder Legislativo, que seria, nesta ordem de ideias, o único legitimado para dispor sobre os bens públicos. A rigor, tal concepção peca porque desconsidera que o Chefe do Poder Executivo é igualmente legitimado democraticamente, não havendo como distinguir qualitativamente entre o mandato conferido ao Chefe do Executivo e aos integrantes do Poder Legislativo (aliás, se o fossemos fazer – e não concordamos, ressalte-se, com qualquer discussão nesta linha, porque o traçado das competências de um e outro não é dado em termos de legitimidade, mas sim exclusivamente do modo designado pela Constituição Federal – haveríamos de concluir que o cargo majoritário é "mais legítimo" porque conta com adesão popular maior do que a votação atribuída aos integrantes dos cargos proporcionais).

Ademais, duas parecem ser as razões de fundo para que se pretenda sustentar a necessidade de autorização legislativa para alienação de bens públicos: a primeira consistiria em que os debates legislativos seriam mais aprofundados do que aqueles havidos no seio da Administração Pública ("muitas cabeças pensam melhor que uma"), produzindo-se ali, portanto, decisões de melhor qualidade; a segunda ligar-se-ia ao preconceito quanto a um suposto "alargamento" da discricionariedade administrativa, se ao administrador público fosse cometida a tarefa de gestão dos bens públicos.

Tais razões, sobre não serem propriamente fundadas no direito positivo, somente podem ser atribuídas a percepções subjetivas e, em certo sentido, mistificadoras da realidade. Explica-se.

A concepção liberal da atividade legislativa previa que as escolhas éticas, de conteúdo axiológico coletivamente relevante, caberiam ao Poder Legislativo. O conjunto dos representantes do povo, reunido em congresso, contendo a repre-

24. Num breve apanhado na base de dados do Senado Federal, percebe-se que a alienação (especificamente na modalidade de permuta de bens imóveis) sempre foi realizada, desde a proclamação da República, ou seja, *em regimes democráticos e de exceção*, por meio de ato autorizativo do Chefe do Poder Executivo. Veja-se, exemplificativamente: Decreto n. 5.598, de 12.12.1928 (autoriza o governo a permutar, com o estado de Minas Gerais, um prédio e respectivos terrenos na cidade de Itajubá, e dá outras providências); Decreto-lei n. 3.508, de 14.8.1941 (autoriza o prefeito do Distrito Federal a realizar a permuta dos terrenos que menciona); Decreto-lei n. 7.045, de 13.11.1944 (autoriza a permuta de terrenos pertencentes a União, situados no cais do porto da capital federal e dá outras providências); Decreto-lei n. 7.313, de 8.2.1945 (autoriza a permuta, entre a União e o Estado do Pará, do domínio pleno das áreas de terrenos que menciona, situados no município de Belém, no Estado do Pará, e dá outras providências); Decreto n. 40.691, de 29.12.1956 (autoriza o Serviço do Patrimônio da União a realizar a permuta de terrenos em Belo Horizonte); Decreto n. 82.926, de 21.12.1978 (autoriza a permuta de imóveis que menciona, situados no Distrito Federal); Decreto n. 83.260, de 8.3.1979 (autoriza a Fundação Universidade Federal do Mato Grosso a permutar imóveis de sua propriedade situados em Cuiabá, por uma área de terra com 34.4863ha confinante com o *campus* Universitário); e Decreto n. 90.773, de 28.12.1984 (autoriza a permuta de imóveis que menciona, situados no Distrito Federal).

ɜentação de todas as forças e orientações da sociedade, seria capaz de produzir as normas que melhor representassem os anseios e, mais do que isto, o conjunto de valores da população, plasmando-o em eis, normas gerais e abstratas, com pretenão à fixidez e a perenidade. Atualmente, sse cenário modificou-se radicalmente: *lei-norma de conduta*, de um Estado tuante apenas negativamente, foi solapaa, em quantidade, no ambiente de um stado executor de políticas públicas, pela *i-medida*, que por sua natureza mais se ssemelha ao ato administrativo e, mesmo, ) ato jurisdicional, sendo impossível, mo bem salienta Luís Solano Cabral Moncada, "disfarçar o incómodo que usa de um ponto de vista constitucio-l usar a lei para incidir sobre actos de tra natureza".[25] Em verdade, o debate co-axiológico que pauta a essência do der Legislativo em nada se relaciona, , melhor dizendo, nada acrescenta, em mos de incremento de qualidade, às cisões produzidas para atendimento contural, casuístico, imprevisível, fundado razões de ordem técnico-administrativa io axiológica, do interesse público, que, isto mesmo, são típicas da Administra- Pública (e nas quais se integra a gestão bens públicos).

Calha, neste passo, trazer à colação a o autorizada do referido publicista porıês, para quem "todas as vezes que o slador incorpora actos não legislativos ta-se da sagrada relação de represeno global que o liga aos eleitores e por as situações em que a lei pode revestir eúdo não geral e abstracto não podem senão excepcionais", podendo assim ender-se que há boas razões para crer que, sem prejuízo definitivo para a figura da lei-medida quando a conjuntura política a justificar, fica irremediavelmente prejudicada a lei substitutiva de qualquer acto típico de outra função do Estado, designadamente a administrativa, posto que, pelo que toca à judicial, apenas em circunstância patológica o problema da substituição da sentença pela lei se poria".[26]

Quanto ao suposto problema do "alargamento da discricionariedade" do administrador, tem-se a objetar o seguinte. A gestão de bens públicos não é incondicionada pelo Direito: pelo contrário, há requisitos específicos para cada uma das modalidades de alienação, incluindo-se a permuta, conforme se verá em seguida. Ainda que assim não fosse, a alienação de bens públicos reger-se-ia, quando menos, pelo interesse público, donde, força é reconhecer, haveria como identificarem-se zonas de certeza positiva e negativa, quanto à verificação, em cada caso, do interesse público a supedanear a ação administrativa, remanescendo apenas nas zonas intermediárias (cinzentas) a invocação de competências discricionárias. Assim, a alegada ampliação da discricionariedade não seria tão ampla quanto se imagina, ou mesmo seria inexistente, conforme o caso.

Outro aspecto a ser enfrentado tem a ver com o suposto maior caráter democrático das decisões tomadas pelo Legislativo, em oposição às decisões administrativas. Ao contrário do que se pensa, as garantias do devido processo legal e da participação popular estão muito mais presentes no processo administrativo de tomada de decisões, do que no processo legislativo. Basta pensar, no plano federal, nos variados mecanismos de influência de interessados e do povo em geral nas decisões adminis-

25. Luís Solano Cabral de Moncada, *Ensobre a Lei*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 93.

26. Idem, pp. 93-94.



trativas, conforme estabelecido pela Lei de Processo Administrativo federal (Lei n. 9.784, de 29.1.1999), especialmente nos seus arts. 3º, III, 9º, 31 a 34, 38. Além disto, cabe ressaltar que o administrador público está sujeito a um intenso controle sobre suas atividades, podendo ser responsabilizado subjetivamente, inclusive.[27] Ao passo que o legislador goza da imunidade sobre seus atos (Constituição Federal, art. 53, *caput*[28]). O controle de constitucionalidade, que se faria necessário em caso de questionamento de autorização legislativa envolvendo a alienação de bens públicos, é restrito, como se sabe, a um rol diminuto de legitimados (CF, art. 103[29]), razão por que torna-se inevitável concluir não ser este (o controle de constitucionalidade) o meio mais adequado para o perfeito controle jurisdicional de atos dessa natureza. Ademais, apesar de não haver impedimentos à plena aplicação do regime jurídico-administrativo à atividade legislativa, aproximando-se a técnica do controle de constitucionalidade das leis à do controle de atos administrativos, é certo que, na atualidade, existe pouquíssima abertura doutrinária e jurisprudencial – ou seja, este fato, salvo exceções, é ignorado pelo mundo jurídico – para a aproximação de tais modelos.[30] Isto significa que não apenas no plano jurídico-dogmático, mas também no plano pragmático, a sofisticação do controle dos atos administrativos permite um controle de "sintonia fina" muito melhor e mais adequado à proteção dos administrados do que o controle de constitucionalidade, ainda hoje visto como um controle "excepcional". Isto faz crer, também sob o ponto de vista pragmático, que as decisões relativas à gestão de bens públicos devem necessariamente ser veiculadas pela Administração Pública. Em síntese: por ato administrativo.

*II.2 Das modalidades de alienação de bens públicos*

A disciplina da alienação de bens públicos, na esfera da União, encontra-se

27. Temos o controle interno, executado, no âmbito da União, pela Controladoria-Geral da União – CGU (Lei n. 10.683, de 28.5.2003); o controle externo, a cargo do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União; o controle jurisdicional, executado sob iniciativa do Ministério Público Federal, cidadãos e interessados em geral. De se ressaltar que o controle jurisdicional é sobremaneira fortalecido e impulsionado pelos instrumentos da ação civil pública (Lei 7.347, de 24.7.1985), ação de improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 2.6.1992) e ação popular (Lei n. 4.717, de 29.6.1965), além do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX e LX).

28. Cf.: "Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (...)".

29. "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (...)."

30. Um início de aproximação, ainda tímido, entre os modelos de controle de constitucionalidade das leis e de controle dos atos administrativos ocorreu com o uso da figura, típica do direito administrativo, do "desvio de poder", para contrastar e invalidar atos legislativos. A respeito, consultar: Pedro Estevam Serrano, *O Desvio de Poder na Função Legislativa*, São Paulo, FTD, 1997; Carlos Ari Sundfeld, "Inconstitucionalidade por desvio de Poder Legislativo", *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 5, 1994, pp. 152-178; e Caio Tácito, "O desvio de poder no controle dos atos

ɔnsagrada em dois diplomas legislativos: Lei n. 9.636/1998, que trata da gestão : bens públicos federais, e a Lei n. 666/1993, que regula as licitações e conıtos administrativos. O primeiro diploma entifica três modalidades de negócio rídico que permitem a transferência da opriedade de imóveis da União Federal ra terceiros, a saber, *venda*, *permuta* e *ıação*. A Lei n. 8.666/1993, a seu turno, ȇm dos negócios mencionados, indica tras hipóteses: investidura, dação em gamento e "alienação gratuita ou one-ısa" (art. 17, I, "f").

Nos termos dos dispositivos legais ados, a alienação de bens pelo Esta--proprietário pode ocorrer por meio de los os negócios jurídicos que importem ınsferência de propriedade, equiparan--se, pelo menos quanto às formas a em utilizadas, o Estado aos particulares ɪprietários (o referido art. 17, I, "f" ı em "alienação gratuita ou onerosa", egoria que abrange a totalidade dos ;ócios jurídicos).

***– Fundamento lógico da permuta de bem público***

Ressalta com felicidade Tito Prates ˀonseca que "a organização adminis-va não é estática, de equilíbrio morto, esquema, um gráfico: é vida, ação, ɾações".[31] Em matéria de bens públi-esta máxima se revela em sua maior ısidade: é inegável o caráter dinâmico riável da atuação administrativa, que pode demandar que o Estado aliene ou adquira, afete ou desafete determinados bens, de qualquer natureza. A Administração Pública, sem afastar-se do regime jurídico que a torna peculiar, é, em termos econômicos, *mais um*, entre muitos agentes, a realizar transações econômicas com vistas à consecução dos fins que a inspiram e será dessas operações que resultará o maior ou menor sucesso no desempenho de suas competências.

De outro lado, apesar de se admitir à Administração Pública uma atuação econômica, como gestora de bens, não se pode deixar de reconhecer, como já se disse, a absoluta e inarredável instrumentalidade de tal atuação à obtenção da utilidade pública. Dito de outro modo: a medida da licitude da atuação administrativa na gestão de seus bens será o atendimento ao interesse público.

Mas aí entramos na *vexata quaestio* de se definir o que é interesse público e em que medida ele, titularizado pelo Estado, pode ser concretizado, mesmo em contradição com "interesses privados". Esta discussão, entre nós, como é sabido, é antagonizada pelas posições (i) que, amparadas na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello,[32] defendem a existência de um princípio da supremacia do interesse

nistrativos, legislativos e jurisdicionais", *s de Direito Público*, 1º vol., Rio de Janeiro, var, 1997, pp. 181-198.

31. Tito Prates da Fonseca, *Lições de Direi-ninistrativo*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas ɪs, 1943, p. 265.

32. A elevação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular foi defendida, pela primeira vez no Brasil, por Celso Antônio Bandeira de Mello, no artigo "O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico" (*Revista de Direito Público*, n. 2, São Paulo, Ed. RT, out.-dez./1967, pp. 44-59). O conteúdo deste artigo foi reproduzido, com pouquíssimas adaptações, pelo autor, na obra *Elementos de Direito Administrativo*, que se transformou no *Curso de Direito Administrativo* (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, pp. 59-97).



público sobre o interesse privado a reger as atividades da Administração Pública; e (ii) que sustentam que não haveria *prima facie* uma prevalência do interesse público sobre os interesses privados, cabendo ao jurista a *ponderação* dos interesses conflitantes em caso concreto, donde resultaria o caráter supostamente autoritário (e, pior que isso, atentatória aos "direitos fundamentais") da primeira concepção.[33]

Desborda dos limites deste artigo a análise aprofundada desse debate, que aliás somente entre nós é novo.[34] Contudo, importa desde já consignar que, longe de ser uma concepção autoritária, a ideia de interesse público é essencial para a cognição da atividade administrativa estatal. Somente se admite, pois, a atividade estatal fundada no interesse público; é para isto que ele (Estado) existe; é a sua condição ontológica. Por isto é que o interesse público, mais do que um princípio, constitui um *postulado*, no sentido que lhe atribui Humberto Ávila.[35] Assim, no círculo de suas competências, o Estado somente agirá com fundamento no interesse público. Não existe a possibilidade de conflito entre um interesse particular e um privado, pelo simples motivo de que os interesses públicos e privados, embora econômica ou materialmente possam recair sobre os mesmos objetos, *jamais o recairão juridicamente*. O campo de incidência de um e de outro é diverso. Por isto é que não se afigura correto falar em conflito de um interesse público com um interesse privado, mas apenas de princípio do interesse público utilizado para fundamentar ações em desconformidade com o princípio da subsidiariedade.[36] Os limites

33. Uma amostra desta corrente são os artigos agrupados na coletânea: Alexandre Santos Aragão, Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm (*et. al.*), *Interesses Públicos Versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, 2ª tir., Daniel Sarmento (org.), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. Estes artigos – seguidos de outros publicados em periódicos – ensejaram a reação de autores filiados à corrente inaugurada por Celso Antônio, seja em periódicos, obras monográficas e obras coletivas. Cf., por todos: Luis Felipe Ferrari Bedendi, José dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*et. al.*), *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (coords.), São Paulo, Atlas, 2010.

34. Como acentua Theodore M. Benditt, duas concepções em torno da ideia de interesse público vicejaram na modernidade: a inspirada em Rousseau, que via o interesse público como algo qualitativamente diverso dos interesses de cada indivíduo, mas que pertencia inerentemente (ainda que em plano diverso) a cada um deles; e a concepção de Jeremy Bentham, segundo a qual o interesse público seria a soma dos interesses privados comuns à maior parte da população. Assim, para atender ao interesse público na concepção rousseauniana, o interesse público se imporia, porque é um interesse *de todos*, ao passo que o interesse público de inspiração benthamniana, ao se impor, poderia conflitar com outros interesses individuais dos cidadãos. No primeiro caso, dever-se-ia apenas identificar se o conteúdo do interesse protegido é realmente o de um interesse público; no segundo caso, dever-se-ia identificar se o interesse tutelado pertence realmente a uma maioria (cf. Theodore M. Benditt, "The public interest", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, n. 3 (Spring, 1973), pp. 291-311). Como se verifica, a corrente dissidente no debate brasileiro sobre o interesse público adota, ainda que de forma rasa e não levada às últimas consequências (o que seria algo interessante de se fazer) as ideias de Bentham sobre o interesse público. Celso Antônio, e a parcela da doutrina que com ele concorda, naturalmente que adotam uma posição próxima da de Rousseau.

35. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, pp. 121-169.

36. Por esta razão é que preferimos substituir o termo "princípio da supremacia do interesse

ı interesse público não são dados pela ntiguidade dos interesses privados, mas n pela devida consideração do princípio *subsidiariedade*, que o encapsula.

Quanto ao conteúdo do princípio do :eresse público, não haveria problemas ı defini-lo, como o fez Renato Alessi, m amparo na lição de Piccardi, como o ıteresse de uma coletividade enquanto ntido por todos os indivíduos dessa letividade", como "expressão unitária uma multiplicidade de interesses indivi-almente coincidentes".[37] Isto porque se ta de uma definição formal e, para nós, sde que interesse público seja definido 'malmente, isto é, independentemente conteúdos pré-definidos, a definição menos não servirá para obscurecer o jeto a que se refere. Tal se deve ao fato que a ideia de interesse público, como le "justiça" ou "merecimento", é um ıceito de *primeiridade*:[38] ele se define o seu próprio uso, como uma impressão uma qualidade, mais do que como uma ionalização. Esta orientação encontra-no plano pragmático, com a ideia de rcio Sampaio Ferraz Júnior, segundo o qual o interesse público, sem desmerecer a sua utilidade jurídico-dogmática, não passa de um lugar-comum, que vale tanto quanto puder ser aceito "silenciosamente", sem maiores explicações.[39]

De toda forma, independentemente dos contornos materiais que o interesse público assuma no caso concreto, pode-se cogitar de um teste para a aferição *em geral* do atendimento ao interesse público pela medida administrativa examinada. Para identificar a existência, no caso concreto, de interesse público, deve-se verificar: (i) antes de tudo, se o ato não padece de ilegalidades que inviabilizem a sua manutenção (via convalidação ou mesmo por estabilização); neste caso, independentemente de servir ou vir a servir ao interesse público, deverá ser o ato fulminado; (ii) não padecendo de ilegalidade inconvalidável, cabe investigar se a medida atende, em termos abstratos, a um interesse público, que pode ou não ser aquele invocado pelo administrador público para justificar a edição do ato; se não puder atender abstratamente ao interesse público, a medida perde seu fundamento lógico e somente poderá ser considerada antijurídica; (iii) se puder atender abstratamente ao interesse público, caberá identificar se esse interesse público específico (*v.g.*, defesa nacional, moradia, habitação saúde) encontra-se encartado nas competências do ente federativo que o adota; e, por fim, (iv) se, ainda que atendente a todas as condições acima relatadas, a medida não pode ser executada diretamente (*i.e.*, sem a intervenção estatal) pelos particulares, em privilégio dos princípios constitucionais da *subsidiariedade* e da *eficiência*.

ılico sobre o interesse privado" simplesmente ı expressão "princípio do interesse público".

37. Renato Alessi, *Instituciones de Derecho ninistrativo*, t. I, trad. da 3ª ed. italiana por :naventura Pellisé Prats, Barcelona, Bosch, 0, pp. 184-185 (nota de rodapé 3).

38. Em Peirce: "Parece, portanto, que /erdadeiras categorias da consciência são: *neira, sentimento, a consciência que pode compreendida como um instante do tempo, sciência passiva da qualidade, sem reconhe-ento ou análise*; segunda, consciência de uma rrupção no campo da consciência, sentido de stência, de um fato externo ou outra coisa; eira, consciência sintética, reunindo tempo, ido de aprendizado, pensamento" (grifou-se) arles Sanders Peirce, *Semiótica*, trad. José :eira Coelho Neto, São Paulo, Perspectiva, 5, p. 14).

39. Tércio Sampaio Ferraz Junior, "Interesse público", *Revista do Ministério Público do Trabalho do Estado de São Paulo*, ano 1, n. 1, dez./1995, pp. 9-24.



No caso da permuta de bens públicos, temos, conforme já ressaltado, que ela somente pode ocorrer quando o bem de propriedade do Estado estiver desafetado. Se a afetação tiver ocorrido por lei, este será também o instrumento para a sua desafetação. Portanto, uma vez desafetado, o bem será indiferente ao interesse público. O que justifica a operação é a existência de outro bem, de propriedade do particular, que possa atender ao interesse público. Para a Administração, será um jogo de "soma positiva", em que ela, em todas as ocasiões, será "vencedora", pois trocará um bem que lhe é indiferente por outro, que lhe irá trazer vantagem. E, resta a questão: como saber se o interesse público restará atendido? Em nossa opinião, o "teste" acima delineado pode apontar o caminho para essa verificação. Imagine-se o seguinte exemplo: a União possui um imóvel não edificado em área residencial de um dado município e tem a necessidade de construir habitações populares para implementação de um programa habitacional de amplas dimensões. Um particular, interessado no imóvel público em questão propõe à Administração a permuta do imóvel não edificado por outro, de sua propriedade, no mesmo município, a ser edificado com habitações populares que ele se compromete a construir. Ambos os imóveis (da Administração, não edificado, e do particular, a ser edificado) possuem valor de mercado equivalente. Pergunta-se: a permuta é possível? Iniciando pela primeira etapa do teste acima exposto, analisa-se a legalidade da operação (no caso, se o particular detém título jurídico que o habilite a alienar o imóvel, analisa-se a sua idoneidade pessoal e a inexistência de gravame sobre o imóvel, tramita-se o procedimento administrativo legalmente previsto, com as consequentes avaliações, pareceres e autorizações); estando tudo regular, passa-se à segunda etapa. No caso, concreto, é inegável que a troca de um imóvel do qual não decorre qualquer utilidade à coletividade (pelo contrário, a conservação de um imóvel não edificado demanda gastos com segurança e manutenção, entre outros), por outro que será utilizado para habitação de população carente, atende abstratamente ao interesse público (a moradia é um dos direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição). A próxima etapa consistirá em saber se a medida administrativa encontra-se no feixe de competências do ente que o realiza: no caso em análise, a construção de moradias passará no teste, pois a União possui competência administrativa para atuar no campo da habitação (CF, art. 23, IX). Por último, caberá examinar se a medida atende ao princípio da subsidiariedade, isto é, se no caso concreto, na região sob análise, existe uma demanda da população carente por moradias e se isto já não está sendo solucionado de outra forma (financiamentos de longo prazo por empresas de construção especializadas em habitações populares, cooperativas, mutirões etc.). Se alguma dessas soluções independentes da atuação estatal estiver em andamento, então o Estado não poderá atuar. Mas, se, por outro lado, houver efetiva demanda de soluções por parte do Estado, não resolvidas pelas organizações menores (família, cooperativas, empresas, associações) então a permuta, no exemplo dado, justificar-se-á perante o interesse público.

Modificando-se um pouco o exemplo dado, imagine-se que a necessidade da Administração seja de um imóvel para acomodar repartições públicas. Neste caso, o particular, ao invés de oferecer um imóvel com edificações para moradias populares (isto para ele será indiferente, pois o custo será o mesmo), decide oferecer o prédio de escritórios com capacidade para abrigar as repartições públicas adequadas às necessidades da Administração. Neste

caso, passando pela primeira etapa (legalidade), a permuta também será lícita, porque: (*i*) atenderá abstratamente a um interesse público, pois as instalações físicas adequadas são essenciais para a prestação de serviços públicos; (*ii*) estará dentro das competências do ente federativo, pois todas as pessoas políticas possuem autonomia para organizarem-se e, portanto, definirem as características dos prédios em que se instalarão; e (*iii*) por fim, não se colocará a questão da subsidiariedade, pois o beneficiário direto da instalação será a própria Administração, não havendo, salvo em caso de doações beneméritas em favor do Estado ou reversão de bens de entidades do terceiro setor ou fundações (que são excepcionais, mas que, no caso concreto, poderão ser analisadas pelo critério da *subsidiariedade*), como cogitar-se do atendimento desta necessidade específica a não ser pela atuação estatal, ultimando-se a permuta. Na hipótese ora em comento, a permuta será igualmente legítima.

Deve-se dar um sentido amplo ao interesse público a ser atendido com as operações envolvendo bens públicos. Partindo-se da inegável premissa de que um bem não afetado é indiferente ao interesse público (e mesmo nocivo, se considerarmos que a quase totalidade dos imóveis necessita de providências de conservação custosas, como segurança e manutenção), operação que atenda de forma direta a um interesse privado e de forma indireta o interesse público também legitimará a permuta. A permuta de um imóvel que permita a exploração econômica do imóvel público alienado, com a geração de riqueza e empregos (valores constitucionalmente queridos, *ex vi* dos arts. 1º, IV, 3º, I e III, 6º, 23, parágrafo único, 43, 48, IV, 174, § 1º, e 182, entre outros), será sempre preferível àquela em que o imóvel público se encontra imprestável a qualquer proveito público. A sua simples exploração, com os efeitos sociais e econômicos que daí advém, já servirá a amparar a permuta.

Um exemplo, muito expressivo, do que se vem de expor, ocorreu, sobretudo no último quartel do século XX, quando muitos municípios criaram "distritos industriais" com a finalidade de incentivar a instalação de indústrias em seu território. As consequências naturais de tais distritos seriam a criação de postos de trabalho, o fortalecimento da economia local e a maior arrecadação de tributos no município. Todas consequências socialmente desejáveis. Assim, nesta tarefa, muitos municípios passaram a oferecer, além de benefícios fiscais (isenções ou reduções de tributos, etc.), também lotes aos industriais que desejassem instalar-se, graciosamente ou por preços muito abaixo dos de mercado. Embora a um primeiro momento fosse possível questionar a legalidade de tais doações (providência, ressalte-se, mais grave que a permuta de imóveis, porque o Estado não recebe, no momento da operação, qualquer coisa em troca; ou, dito em outras palavras, a doação constitui operação de redução patrimonial, ao passo que a permuta é contabilmente neutra), é inegável a legalidade de tais providências, pois delas emanarão efeitos socialmente desejáveis. Foi isto que ponderou o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 797.671, 1ª Turma, Relator o Ministro Luis Fux (*DJe* 16.6.2008), ficando ementado que "a dispensa de licitação para a aquisição de terrenos no Distrito Industrial para doação à indústria que quisesse se instalar no Município, com vistas à implementação do programa de incentivo ao desenvolvimento industrial, não ensejou prejuízo ao erário". Ao considerar a legalidade da doação, aquela Corte expressamente decidiu pela não configuração, inclusive, de ato de improbidade administrativa, pontuando que "a conduta do agente político e dos corréus, não resultou em lesão ao erário público, nem configurou enriquecimento ilícito dos mesmos, o que conduz à inaplicação dos arts. 9º e 10, da Lei 8.429/1992, além do fato de que o ato apontado improbo não amolda à conduta prevista no art. 11, à míngua de lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista que a dispensa de licitação sub examine decorreu de estudo realizado pela Comissão de Licitação, consoante se infere do teor do voto condutor do acórdão recorrido".



Isto apenas corrobora o tema enunciado logo ao início do presente trabalho: a gestão de bens públicos, que implica as dimensões da aquisição e de alienação, é regida única e exclusivamente pelo interesse público. Este "lugar-comum", como quis o já citado Tércio Sampaio Ferraz Junior, compõe a um só tempo a justificativa e o fundamento lógico da permuta de bens públicos: esta só será legítima (no sentido italiano do termo, de *estrita legalidade*) quando puder resultar no atendimento direto ou indireto a um interesse público.

E não se diga que a alienação de um bem público, em termos genéricos ou no bojo de uma permuta, retirará do patrimônio do Estado um bem que, embora não afetado a um interesse público, poderá vir a sê-lo, caso no futuro a Administração encontre para ele uma destinação específica. Nessa ordem de ideias, a Administração, alienando simplesmente, ou alienando mediante permuta, perderia a "oportunidade" de poder no futuro empregar aquele imóvel segundo as finalidades convenientes à coletividade. Tal argumento não se sustenta porque, como é cediço em matéria de bens público, vige, como manifestação direta da soberania estatal, o chamado *domínio eminente*, que, como acima referido, nada mais é do que a potência, conferida ao Estado, de, em nome do atendimento de finalidades de interesse coletivo, imiscuir-se no domínio ou na propriedade alheia, derrogando, total ou parcialmente, definitiva (desapropriação) ou temporariamente (requisição, servidão etc.), a configuração da propriedade privada, *afetando-a*, quando necessário, ao atendimento das finalidades de interesse público.[40] Assim, não é porque permutou hoje que não poderá a Administração, se as circunstâncias assim o exigirem, retomar o imóvel ou dele se utilizar, mediante os instrumentos de direito administrativo disponíveis. Sequer perda patrimonial haverá, pois tanto a operação de permuta quanto uma eventual desapropriação terão por referência, necessariamente, os preços de mercado dos referidos bens, não sendo por isso o interesse público secundário um impeditivo para uma eventual sucessão de operações como as ora descritas.

## *IV – Outros aspectos relevantes do regime jurídico da permuta de bens públicos*

### *IV.1 Da iniciativa da operação*

A iniciativa da permuta pode ser tomada tanto pelo particular interessado, mediante simples petição, quanto pela Administração, que oficiará o particular de seu interesse sobre o imóvel. Naturalmente que a convicção quanto à conveniência da permuta será formada ao longo das tratativas, quando ambas as partes tiverem pleno conhecimento das condições dos imóveis e das necessidades e possibili-

40. Deve-se diferenciar a afetação, que é ato unilateral, constitutivo de uma destinação a ser dada a um bem (ou ainda um fato, a que se reconheçam os mesmos efeitos constitutivos de uma declaração), do título jurídico que a viabiliza.

ıades da outra parte. Um equívoco deve ser afastado: muitas pessoas tendem a considerar irregulares ou ilícitas as tratativas entre particulares e o Poder Público pelo mero fato de existirem, como se a Administração Pública fosse uma fortificação inexpugnável, que se comunicaria com o mundo exterior mediante arautos e no interior da qual ninguém estivesse autorizado a ingressar.

No mundo real, Administração e particular conversam. A Administração verifica com os particulares se as soluções que imagina para a solução de problemas coletivos é viável. O particular submete projetos à Administração, que podem constituir alternativas benéficas para o interesse público. Este trânsito – que, repise-se, é absolutamente diverso das situações patológicas, em que há conluio para lesar o Erário ou o regime jurídico-administrativo, que devem ser punidas com rigor – é absolutamente normal e desejável. Somente assim, são trazidas para o interior da Administração Pública informações e soluções para problemas coletivos.[41] Portanto, nada há que objetar quanto ao assunto.

*IV.2 Da permuta como hipótese de dispensa de licitação*

Quanto à obrigatoriedade de realização de licitação para a alienação de bens públicos, deve-se referir também a existência de desacordo entre a doutrina, quer porque se defenda a obrigatoriedade de licitação em todos os casos, quer porque se confundam as figuras da dispensa e da inexigibilidade para qualificar o afastamento do dever de licitar, quer porque se compreendam as decisões judiciais sobre o assunto de forma apartada dos aspectos específicos de cada caso julgado.

De início, cumpre ressaltar que o dever de licitar deriva de um mandamento constitucional caríssimo ao Estado de Direito. Veja-se, a propósito, o teor do art. 37, XXI, da Constituição federal, transcrito:

"Art. 37. (...).

"XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

O dever de licitar, naturalmente, conforme quis o constituinte de 1988, comporta temperamentos e exceções a cargo do legislador ordinário. A doutrina normalmente acomoda essas exceções sob os conceitos de *dispensa* e de *inexigibili-*

41. É uma tendência a positivação de procedimentos de comunicação entre particulares e Administração Pública para a discussão de projetos de interesse público. No âmbito das parcerias público-privadas, têm sido editadas regras para os chamados "procedimentos de manifestação de interesse" ou "PMI": no Ceará, editou-se o Decreto 30.328, de 27.9.2010; em Sergipe, editou-se a Resolução 1, do Comitê Gestor do PPP Sergipe, 6.6.2008; no Estado de São Paulo, foi editado em 30.8.2011 o Decreto n. 57.289. Independentemente de tais normas, já existia no art. 21 da Lei n. 8.987, de 13.2.1995, a previsão para que a Administração pudesse aproveitar a colaboração de particulares nas concessões, *verbis*: "Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital".



*dade* de licitação. Este último funda-se num problema de teoria geral de direito: uma obrigação jurídica (mundo do dever-ser) somente pode ser imposta aos seus destinatários quando o comportamento por ela prescrito for possível (mundo do ser). Sendo assim, trazendo-se tal discussão para o universo das licitações públicas, quando a competição for impossível, o dever de licitar não se coloca. Porém, quando houver a possibilidade de competição, não se poderá excetuar a licitação sob a figura da inexigibilidade.

Quanto à figura da dispensa, ela diferencia-se da inexigibilidade porque, nela, a competição é possível, porém não é conveniente ou oportuno licitar. Se, na inexigibilidade, o legislador libera o administrador público de tal encargo por reconhecer que não é possível a competição no caso concreto; na dispensa, ele confere ao administrador discricionariedade para, a bem do interesse público, contratar diretamente. Por terem fundamentos e conceitos diferentes entre si é que a doutrina, após amplo debate, pacificou-se no sentido de que as hipóteses do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, que trata da inexigibilidade, seriam exemplificativas, ao passo que as hipóteses do art. 24 da mesma lei, que trata da dispensa, seriam taxativas. Em resumo, como bem salientou Marçal Justen Filho, "a inexigibilidade deriva da *natureza das coisas*, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa".[42]

No caso da permuta de imóveis, importa destacar que se trata *ope legis* de hipótese de dispensa de licitação. É este o sentido inequívoco do art. 17, I, "c", da Lei n. 8.666/1993, transcrito:

"Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

"I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, ***dispensada*** *esta nos seguintes casos*:

"a) dação em pagamento;

"b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; *(Redação dada pela Lei n. 11.952, de 2009)*

"c) ***permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei***; (...)" (grifos aditados).

O art. 24, X, da Lei n. 8.666/1993, citado no dispositivo acima, que trata das hipóteses de dispensa, estabelece que a licitação será dispensada "*para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia*". O sentido de tal dispositivo, combinado com a regra específica do art. 17, I, "c", acima, vai na direção de estabelecer os requisitos intrínsecos ao imóvel que será recebido na permuta pelo Poder Público. Assim, o

42. Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 13ª ed., São Paulo, Dialética, 2009, p. 289. Para o autor "[e]sse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade, indicadas em lei, são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas. É que somente a dispensa de licitação é criada por lei – logo, a ausência de previsão legislativa impede reconhecimento de dispensa de licitação" (ob. cit., p. 289).

óvel a ser recebido deverá poder ligar-se ım interesse público ("*atendimento das alidades precípuas da administração*") er o seu valor de mercado efetivamente presentado, mediante avaliação prévia.

Reforça o sentido do quanto exsto acima o teor do art. 30 da Lei n. 36/1998, que trata da permuta de bens blicos, *verbis*:

"Art. 30. Poderá ser autorizada, na ma do art. 23, a permuta de imóveis qualquer natureza, de propriedade da ião, por imóveis edificados ou não, ou edificações a construir.

"§ 1º. Os imóveis permutados com e neste artigo não poderão ser utililos para fins residenciais funcionais, eto nos casos de residências de caráter igatório, de que tratam os arts. 80 a 85 Decreto-lei n. 9.760, de 1946.

"§ 2º. Na permuta, sempre que houver dições de competitividade, deverão ser ervados os procedimentos licitatórios vistos em lei."

O que o referido dispositivo faz é arecer que o objeto da permuta pode olver imóveis existentes (prontos e ɔados) ou edificações a serem consdas. Isto apenas confirma discussão esolvida pelo Superior Tribunal de iça, no âmbito do acórdão proferido Recurso Especial n. 80.210, julgado 19.5.1997, nos termos do qual ficou signada não apenas a legalidade ealização de permutas por parte da ninistração Pública, *mas também a ibilidade de se permutar edificações construção ou a serem construídas, erindo-se plenos efeitos ao contrato minar de permuta.*

Configurado, no caso concreto, os bens em permuta (i) são imóveis cados ou a serem edificados (só se ite a permuta de um bem por outro de l natureza); (ii) atendem ao interesse público, isto é, serão aplicados em uma finalidade útil aos cometimentos administrativos; e (iii) foram avaliados de acordo com os padrões de mercado, havendo equivalência financeira entre o que a Administração alienará e o que receberá em troca, então não resta senão concluir pela absoluta legalidade da contratação realizada diretamente, por dispensa de licitação.

É esta a opinião de José dos Santos Carvalho Filho, *verbis*:

"Permuta é o contrato em que um dos contratantes transfere a outrem bem de seu patrimônio e deste recebe outro bem equivalente. Há uma troca de bens entre os permutantes. A permuta tem previsão no art. 533 do Código Civil.

"A Administração também pode, em certas e especiais situações, celebrar contrato de permuta de bens. Os bens dados em permuta eram públicos e passam a ser privados; os recebidos se caracterizavam como privados e passam a ser bens públicos. Na verdade, a permuta implica uma alienação e uma aquisição simultâneas.

"(...).

"A licitação é normalmente dispensada, porque a relação jurídica na permuta atende à situação especial da Administração e do administrado permutante."[43]

Na mesma direção se manifestaram Lúcia Valle Figueiredo e Sergio Ferraz, comentando decisão judicial de intensa relevância, em que fica consignada a impossibilidade de competição na permuta, haja vista que o bem ou bens imóveis permutados são sempre individuais, não comparáveis ou fungíveis com outros. Veja-se:

"A permuta, se bem que não contemplada expressamente como hipótese excludente de licitação, também pode envolver contratação direta. Mister, entretanto, que assim o seja, a título absolutamente excepcional.

"Atina, sem dúvida, trazermos a contexto a apelação cível 45.153-PR.

"O problema colocou-se, tendo em vista a permuta envolver aquisição e alienação. Quanto à primeira, óbice não se punha. Entretanto, no concernente à alienação, faltava, aparentemente, dispositivo legal embasador.

"O Relator, Min. Décio Miranda, caracterizou a permuta da seguinte maneira: 'A permuta ou troca abrange dois aspectos: alienação e aquisição e, sob o aspecto da alienação, o art. 143 do Decreto-lei 200/1967 é específico tornando imprescindível a licitação'.

"Trouxe, ainda, o Ministro, à colação, parecer do Prof. Washington de Barros Monteiro, anexado aos autos do processo mencionado. Contém, em certa passagem, referido parecer: 'Só na 'venda' é que ocorre a possibilidade material e jurídica de concorrência entre eventuais pretendentes. Numa permuta, porém, a concorrência é impossível visto como tem ela por objetivo corpo bem descrito, coisa certe e discriminada. Sem dúvida, como adverte De Page (*Traité* Élémentaire *de Droit Civil* 4/446), os dois contratos são estreitamente aparentados, mas enquanto na venda ocorre alienação de uma coisa contra o preço, na permuta se verifica a alienação de uma coisa por outra coisa. Em se cuidando de venda a licitação é efetivamente imprescindível (Decreto-lei 200, de 25.2.1967, art. 143); mas, no caso de permuta ela é rigorosamente impraticável e, pois, dispensada' (...).

"Conclui o Relator da necessidade de que a permuta deva ser absolutamente excepcional para figurar como hipótese de dispensa.

"Somente, ainda consoante o Min. Décio Miranda, seria possível se respeitada a preservação da finalidade da norma. É dizer, se houver pretensão de se alienar, aliene-se com licitação. Apenas, se imprescindível for à aquisição a permuta, encontraria esta guarida num hipótese de dispensa.

"De conseguinte, havendo possibilidade de duas providências, tais sejam, alienar e comprar, executem-se as duas. Porém, se nascerem *simultaneamente* seria válida a permuta.

"Na mesma linha, votou o Min. Paulo Távora. Extraímos de seu voto, a seguinte passagem: 'Em linha de princípio, a permuta como forma ou espécie de aquisição é admissível independentemente de licitação, quando a prestação ou a necessidade é infungível. Não o será se tratar de coisas substituíveis em gênero e quantidade ou, ainda de imóveis que, embora singularizados pela condição física entrem na troca mas pela disposição de seu valor econômico do que como meio exclusivo de prover certo interesse de uma das partes'.

"A permuta justifica-se, pois, como hipótese excludente da licitação, não representando ela, de per si, uma forma de alienação. Entretanto, se for meio hábil para aquisição desejada pela Administração, estará a mesma albergada, interpretativamente, como uma das hipóteses de dispensa."[44]

De se notar, também, que, à época em que realizados os comentários dos ilustres autores, e proferido o julgado por eles referido, não havia a eleição expressa da permuta de imóveis como hipótese de dispensa de licitação, de modo que só

43. José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 1.100.

44. Sergio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, *Dispensa de Licitação*, São Paulo, Ed. RT, 1980, pp. 94-96.

restava a interpretação do negócio como enquadrado na hipótese de inexigibilidade. É que a permuta é negócio *intuitu rei*, não havendo como ultrapassar estar sua característica fundamental.[45] Qualquer que seja o seu enquadramento, portanto, reconhece-se o afastamento do dever de licitar na hipótese de permuta de imóveis, obedecidos os requisitos tratados no presente tópico.

### *IV.3 Da equivalência de preços dos bens dados em permuta*

É da essência da permuta a troca de bens de mesma natureza e de valores equivalentes. Na permuta "ideal", entrega-se o bem "a" para receber o bem "b", sem a necessidade de qualquer complementação. No mundo real, contudo, dificilmente dois imóveis terão o mesmíssimo valor. Por isto é que esta característica do *tipo deal* de permuta deve ser interpretada om temperamentos. Assim, quando o em permutado do particular tiver valor nferior àquele do imóvel público, deerá o particular providenciar, para que operação se ultime, o pagamento do ontante equivalente à diferença, a fim de ue não se produza enriquecimento ilícito o particular, com o consequente prejuízo Erário. Por outro lado, se o valor do nóvel dado em permuta pelo particular r superior ao de avaliação daquele dado pela Administração Pública, então dever-se-á providenciar dotação orçamentária para que o particular seja pago, sob pena de ocorrência de enriquecimento sem causa da Administração, o que também não se permite. Tudo isto, de certa forma, é intuitivo, e foi devidamente considerado no âmbito federal.[46]

A questão que se coloca é: qual o percentual aceitável da diferença de valores entre os bens? Esta é uma das matérias em que não é adequada disciplina legislativa taxativa. Qualquer percentual escolhido pelo legislador seria arbitrário e poderia, no limite, podar inconstitucionalmente a ação administrativa. Aqui, cabe retomar a dimensão subjetiva da operação: a permuta será legítima, independentemente da eventual diferença entre os valores dos imóveis, quando a intenção dos agentes, reciprocamente considerada, for a aquisição do imóvel da outra parte, *daquele imóvel específico*. Se a intenção for a obtenção de numerário, então não se justificará a hipótese de permuta. Assim é que, na permuta em que o valor residual for maior que o do bem transacionado, a permuta será vedada, pois claramente o resultado da operação será, para uma das partes, majoritariamente pecuniário. Ainda, quando inexista interesse público a ser atendido pelos imóveis transacionados (ou seja, quando simultaneamente o imóvel recebido pela Administração

45. Em sentido semelhante a opinião de on Bockmann Moreira e Fernando Vernalha imarães, *verbis*: "Como requer a individuação dos bens trocados, a permuta não exige tação (que não é impossível, mas será sobreneira complexa)" (Egon Bockmann Moreira e nando Vernalha Guimarães, *Licitação Públi- A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime erenciado de Contratação – RDC*, São Paulo, lheiros Editores, 2012, p. 369).

46. O art. 25 da Instrução Normativa da Secretaria do Patrimônio da União n. 4, de 11.8.2010, determina, em seu inc. V, que "apurada diferença em favor da União e previamente à assinatura do contrato, deverá ser paga através de DARF, emitido pela Superintendência responsável pelo processo, código de receita 4327", e, sem seu inc. VI, que "apurada a diferença em favor de terceiros, deverá ser acostado aos autos a dotação orçamentária necessária ao complemento do negócio".



não vá ser empregado em qualquer finalidade coletiva, e o imóvel recebido pelo particular também não vá ter utilização econômica), ter-se-á permuta ilícita. Em tais hipóteses – e em outras, imagináveis, do mesmo gênero – os bens serão mero pretexto para a obtenção de dinheiro, quer por parte da Administração, quer por parte do particular, resultando ilícito o emprego do instituto.

## *V – Conclusões*

Do quanto exposto, podem-se pontuar as seguintes conclusões:

(a) o regime jurídico dos bens públicos identifica três categorias, conforme a sua exploração: *bens de uso especial*, *bens de uso comum* e *bens dominicais*. Como categoria de superposição, tem-se a noção de *dominialidade pública*, que compreende os bens de uso especial e os bens de uso comum, incluídos em tais categorias os bens pertencentes a pessoas privadas que, de fato ou de direito, estejam afetados à satisfação do interesse público;

(b) os bens públicos dominicais não se incluem na noção de dominialidade pública, razão por que podem ser discricionariamente dispostos pela Administração Pública;

(c) a alienação gratuita ou onerosa de bens públicos pode ocorrer mediante qualquer das modalidades admitidas em direito, não havendo peculiaridade do Direito Administrativo em comparação com o Direito Privado, neste particular;

(d) a Constituição Federal impõe a necessidade de autorização legislativa apenas para a alienação de terras públicas com área superior a 2.500 hectares (art. 49, XVII), exceção que confirma a regra segundo a qual basta a autorização do Chefe do Executivo para a alienação (regra confirmada pelo art. 23 da Lei n. 9.636/1998), cabendo, para as demais hipóteses, apenas a autorização do Chefe do Executivo;

(e) a permuta, modalidade de alienação de bens públicos, conta com previsão expressa de dispensa de licitação (Lei n. 8.666/1993, art. 17, I, "c"), existindo entendimento, anterior à edição do referido dispositivo legal, de que, independentemente de previsão expressa de dispensa, a competição, nesta hipótese, é impossível, o que se coaduna, em verdade, com a própria natureza do instituto, que se baseia na singularidade dos bens permutados;

(f) o interesse público constitui o fundamento lógico da permuta de bens públicos: estará presente, dependendo do caso, no bem incorporado ao patrimônio público ou bem a ser alienado ao particular. Em qualquer dos casos, será o interesse público, em sua compreensão mais ampla, que legitimará a permuta.

## *Referências*


ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. t. I. Trad. da 3ª ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

ARAGÃO, Alexandre Santos, ÁVILA, Humberto, BINENBOJM, Gustavo (*et. al.*), in SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos Versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. Publicação da Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.

EDENDI, Luis Felipe Ferrari, CARVALHO FILHO, José dos Santos, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (*et. al.*), in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords.). *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ENDITT, Theodore M. "The public interest". *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, n. 3 (Spring, 1973), pp. 291-311.

ABRAL DE MONCADA, Luís Solano. *Ensaio sobre a Lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

AETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

ARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. vol. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RRAZ, Sergio. "Desapropriação de bens públicos", in *3 Estudos de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 1977.

___, e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa de Licitação*. São Paulo: Ed. RT, 1980.

RRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. "Interesse público". *Revista do Ministério Público do Trabalho do Estado de São Paulo*, ano 1, n. 1, dez./1995, pp. 9-24.

GUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

NSECA, Tito Prates da. *Lições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1943.

EITAS, Juarez. "Da necessária reclassificação dos bens públicos", in *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, pp. 60-73.

TEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1987.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica. O Regime Jurídico das Utilidades Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1964.

MOREIRA, Egon Bockmann, e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

NABAIS, Casalta José. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

______. *A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os Deveres e os Custos dos Direitos*. Disponível em *http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf*, acesso 7.6.2012.

PARDO, José Esteve. "Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones 'a non domino'". *Revista de Administración* Pública, n. 113. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, mai.-ago./1987, pp. 181-213.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "Domínio público: un ensayo de reconstrucción de su teoria general". *Revista de Administración Pública*, ns. 100-102. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, jan.-dez./1983, pp. 2.379-2.422.

RAMOS, Elival da Silva. "Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público". *Cadernos FUNDAP*, ano 9, n. 17, dez./1989, pp. 16-31.

ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SERRANO, Pedro Estevam. *O Desvio de Poder na Função Legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.



SUNDFELD, Carlos Ari. "Inconstitucionalidade por desvio de Poder Legislativo". *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 5, 1994, pp. 152-178.

TÁCITO, Caio. "O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais". *Temas de Direito Público*. 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 181-198.